

Série: 3/ 5



TEMA: TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Zilmara Alencar Consultoria Jurídica - ZAC dando continuidade à **Série ZAC “Brava gente brasileira”**, disponibiliza no dia de hoje material sistematizado sobre o tema **“Terceirização na Administração Pública”**, para que juntos possamos analisar a aplicabilidade e os limites da terceirização no setor público.



“Nossa maior fraqueza é a desistência. O caminho mais certo para o sucesso é sempre tentar apenas uma vez mais.”

Thomas Edison



INTRODUÇÃO:

Conforme trazido na segunda edição, a terceirização foi regulamentada pela Lei n. 13.429/2017, sendo inserida no texto da Lei n. 6.019/1974, que dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, a qual posteriormente foi alterada pela Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista.

Diante disso, possibilitou-se a terceirização em quaisquer atividades da tomadora de serviços, inclusive em sua atividade principal.

Contudo, no caso do serviço público, como não há vedação expressa no texto das referidas leis, abre-se legislação margem para que se terceirize setores do funcionalismo.

Além disso, no julgamento da ADPF 324 e do RE 958252 os membros do Supremo Tribunal Federal não mencionaram a abrangência da terceirização irrestrita no setor público. Lembrando que o acórdão ainda não foi publicado. Dessa forma, ainda não sabemos se o STF irá dispor sobre o tema.

Diante desse cenário, surge a discussão acerca da possibilidade ou não de se ter a terceirização irrestrita no setor público.



DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O fundamento legal para a terceirização no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional está previsto no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro 1967, o qual dispõe que a Administração, sempre que possível, recorrerá a execução indireta¹:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

¹ Fonte: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/in-servico-faq#P1.2>> Acesso em: 12/09/2018.

Além disso, a Súmula 331 do TST, nos itens II e V também tratava da terceirização no setor público, vejamos:

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

[...]

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Por sua vez, o Decreto 2.271, de 7 de julho de 1997 disciplina que atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade poderão ser terceirizadas. Vejamos:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

De acordo com o decreto, algumas atividades serão preferencialmente terceirizadas, quais sejam: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão preferencialmente objeto de terceirização.



Contudo, não poderá a Administração Pública terceirizar as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Isso porque, a execução de serviços públicos deve ser precedida, necessariamente, de concurso público, nos termos do art. 37, incisos I e II da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas **são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei**, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público **depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos**, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

Nesse sentido, é a tese n. 34 aprovada esse ano, no XIX CONAMAT – Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho:

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO. INAPLICABILIDADE. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. A LEI N. 6.019/74, ALTERADA PELA LEI N. 13.467/2017, NO QUE TANGE À PRESTAÇÃO DE

SERVIÇOS A TERCEIROS, NAO SE APLICA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA OU INDIRETA, EM RAZÃO DO DISPOSTO NO ART. 37, CAPUT E INCISOS I E II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Somado a esse entendimento, o Tribunal de Contas da União, em análise feita ao pedido de reconsideração no TC 032.202/2010-5 – 1ª Câmara, **afirmou que não é qualquer atividade que pode ser terceirizada pela administração pública.**

O Tribunal de Contas da União no mesmo TC 032.202/2010-5 – 1ª Câmara entendeu, ainda, pela necessidade de se aplicar por analogia o disposto no Decreto mencionado acima às empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista).



Ademais, a Instrução Normativa n. 5/2017 do Ministério do Planejamento dispõe que só podem ser terceirizados os serviços autorizados por meio de decreto específico, no caso o Decreto n. 2.271/1997.

A referida IN estabelece as atividades que não podem ter execução indireta para todo o serviço público (art. 9º):

Art. 9º Não serão objeto de execução indireta na Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:

I - atividades que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - as atividades consideradas estratégicas para o órgão ou entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - as funções relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Parágrafo único. As atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias às funções e atividades definidas nos incisos do **caput** podem ser executadas de forma indireta, sendo vedada a transferência de responsabilidade para realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

Nesse sentido, leciona Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles Rodrigues Marques

de Lima:

No entanto, em relação ao serviço público, deve-se entender que continua a vedação de terceirização para atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de carreira e cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição de lei especial em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. Isto porque a regra geral do concurso público, cravada no art. 37, I e II, da CF, deve sempre ser observada, punindo-se as condutas que impliquem tangenciamento a regras e aos princípios da impessoalidade, moralidade e legalidade, cf. o §2º do mesmo artigo.

Portanto, a contratação de pessoas, para prestarem serviços à Administração, fora do que prevê as normas citadas fere a regra constitucional do concurso público, bem como os princípios que devem ser observados pelos administradores, como o da legalidade, moralidade, dentre outros.



DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Súmula 331 do TST, já mencionada, prevê a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços terceirizados, inclusive no setor público, nos casos em que se caracterizar culpa.

Por sua vez, a reforma trabalhista prevê que a empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas, mas não menciona e sequer distingue o setor público do privado.

Entretanto, o STF em 30 de março de 2017 no julgamento do RE760931, fixou a tese que veda a responsabilização automática da Administração Pública por dívida trabalhista de empresa terceirizada, nos seguintes termos:



“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao poder público contratante automaticamente a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, parágrafo 1º, da lei 8.666/1993.”

Diante dessa decisão, só cabe a condenação da Administração Pública se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

CONCLUSÃO:

Conclui-se, que não há em nosso ordenamento constitucional a possibilidade de que as atividades principais (atividades-fim) que façam parte da dinâmica administrativa do ente público serem executadas por trabalhadores contratados por uma empresa interposta, não podendo ser aplicada a terceirização irrestrita, conforme dispõe a Lei n. 6.019/74, alterada pela Lei n. 13.467/2017.

Dessa forma, a terceirização de atividades afetas à área-fim de um órgão ou entidade ou que estejam incluídas nas atribuições de seus cargos ou empregos públicos representa clara afronta aos princípios constantes do art. 37 da Constituição Federal.

Na próxima edição da Série “Brava Gente Brasileira” abordaremos **a terceirização e a organização sindical . CONFIRA!**

